

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: 13620131150223

UDC\_\_\_\_\_

廈門大學

硕 士 学 位 论 文

# 中国国际投资协定中的行政复议条款研究

A Study on Administrative Review Clauses in Chinese  
International Investment Agreements

李宗耀

指导教师姓名: 池漫郊 教授

专 业 名 称: 国际法学

论文提交日期: 2016 年 4 月

论文答辩时间: 2016 年 月

学位授予日期: 2016 年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

2016 年 4 月

厦门大学博硕士论文摘要库

# 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（        ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于     年    月    日解密，解密后适用上述授权。

（        ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年    月    日

## 内容摘要

在国际习惯法上，用尽当地救济是一项重要的原则，该原则起源于外交保护领域并延伸于国际法的其他方面。国际投资协定的一大特点是允许投资者通过国际仲裁而非当地救济解决与东道国的争端，由此当地救济的作用被弱化。但是，东道国仍然有权在投资协定中要求投资者在提起仲裁前用尽当地救济程序，近年来随着各国对国际投资仲裁制度的反思，出现了回归当地救济的趋势。

具体到中国的投资协定中，通过实证研究可以发现，20 世纪 90 年代中后期以来，在几乎所有放宽仲裁庭管辖权的投资协定中，中国都要求投资者在提起仲裁前用尽行政复议程序，这反映了中国在该问题上明确的缔约政策。进一步分析有关行政复议的具体条款可以看出这些投资协定在行政复议要求的具体形式、主体和时间限制上又存在诸多差异，因此在适用中也可能存在不同问题。

目前尚无有关中国国际投资协定中的行政复议条款的仲裁裁决，但结合中国国内法上有关行政复议的规定和仲裁庭在类似案件中的观点，可以预测此类条款的适用将会面临诸多问题，比如行政复议的申请期限过短、行政复议的审查范围有限、行政复议要求与仲裁庭管辖权之间的联系不够明确、存在通过最惠国待遇规避行政复议要求的风险等。同时，中国的最新立法和缔约实践表明其对于行政复议作为仲裁前置程序的要求出现了松动，这反映了中国对于自身缔约政策的反思，也预示着中国的缔约政策很有可能会发生变化。

**关键词：**投资协定；行政复议；实证研究

## ABSTRACT

The principle of exhaustion of local remedies is an important rule under customary international law. This principle originates from diplomatic protection and extends its application to other fields of international law. One key feature of international investment treaties is to allow investors to settle the disputes with host States through international arbitration instead of local remedies, which weakens the role of local remedies. However, host States still have the right to require investors to exhaust local remedies before submitting to arbitration. Various States began to re-examine investor-State arbitration regime and a trend of return to local remedies is emerging.

Specifically in the Chinese investment treaties, an empirical study shows since later 1990s, China has consistently required investors to exhaust administrative review in almost all the investment treaties which broaden the jurisdiction of arbitral tribunals. This represents a clear treaty-making policy of China. Taking a closer look at those administrative review clauses, it can be seen that the forms of such requirement, the Parties which make such requirement and the time limit of administrative review differ in the treaties, and thus may bring different results in their application.

So far arbitral tribunals have not made any award involving administrative review clauses in Chinese international investment treaties. Taking into account of Chinese domestic law on administrative review and opinions of arbitral tribunals in similar cases, several problems can be expected, including the time period for applying to administrative review is limited, the nexus between administrative review and jurisdiction of arbitral tribunals is not clear, and the risk of bypassing administrative review through invoking Most-Favored-Nation treatment also exists. Further, the most recent domestic legislation and investment treaty show the requirement of administrative review as a precondition for arbitration becomes more flexible. China is probably reviewing its treaty-making policy and a shift of its attitude in the near future is likely to be on the way.

**Key Words:** Investment Treaty; Administrative Review; Empirical Study

缩略语表 (Abbreviations)

简称 (Short Title)	全称 (Full Title)
BIT	Bilateral Investment Treaty 双边投资协定
FTA	Free Trade Agreement 自由贸易协定
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes 解决投资争端国际中心
ICSID 公约	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States 解决国家与他国国民间投资争端公约
外交保护草案	Draft Articles on Diplomatic Protection 外交保护条款草案
国家责任草案	Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 国家对国际不法行为的责任条款草案
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development 联合国贸易和发展会议
OECD	The Organization for Economic Co-operation and Development 经济合作与发展组织

## 案例表 (Table of Cases)

### 1. 国际法院

- [1] Certain Norwegian Loans case, France v. Norway, Judgment, 1957 I.C.J. 9.
- [2] Interhandel case, Switzerland v. United States of America, Preliminary Objections, 1959 I.C.J. 27.
- [3] Barcelona Traction case, Belgium v. Spain, Second Phase, 1970 I.C.J. 4.
- [4] Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) case, United States of America v. Italy, 1989 I.C.J. 15.

### 2. 投资仲裁

- [5] Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, Decision on Jurisdiction (January 25, 2000).
- [6] Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Case, Award (September 3, 2001).
- [7] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction (August 6, 2003).
- [8] Generation Ukraine, Inc v. Ukraine, Award (September 16, 2003).
- [9] Enron Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (January 14, 2004).
- [10] Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (August 3, 2004).
- [11] Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (June 17, 2005).
- [12] Vladimir Berschader & Morse Berschader v. The Russian Federation, Stockholm Chamber of Commerce, Case No. 080/2004, Award (April 21, 2006).
- [13] Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction (May 16, 2006).
- [14] National Grid plc v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction (June 20,



2006).

[15] AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, (August 3, 2006).

[16] Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (September 13, 2006).

[17] RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V 079/2005, Award on Jurisdiction (October 2007).

[18] Wintershall v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award (December 8, 2008).

[19] Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction (December 15, 2010).

[20] Impregilo S.p.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (June 21, 2011).

[21] Abaclat and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (August 4, 2011).

[22] Hochtief AG v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction (October 24, 2011).

[23] ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina, Award on Jurisdiction, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction (February 10, 2012).

[24] Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility (November 17, 2014).

# 目 录

引 言 .....	1
第一章 国际投资协定与当地救济 .....	3
第一节 国际习惯法上的用尽当地救济原则 .....	3
一、用尽当地救济原则的起源 .....	4
二、用尽当地救济原则的发展 .....	5
第二节 国际投资争端解决中的用尽当地救济原则 .....	5
一、《ICSID 公约》中的当地救济 .....	5
二、国际投资协定中的当地救济 .....	6
第二章 中国国际投资协定中的行政复议制度 .....	11
第一节 早期投资协定中的行政救济制度 .....	11
第二节 仲裁庭管辖权的扩张与行政复议制度 .....	12
一、仲裁庭管辖权的扩张 .....	12
二、行政复议条款的进一步分析 .....	14
第三章 行政复议条款适用的问题 .....	20
第一节 行政复议条款与国内法 .....	20
一、投资者提起行政复议期限 .....	20
二、行政复议的审查范围 .....	23
三、行政复议主管机关 .....	24
第二节 行政复议条款与投资协定的其他条款 .....	24
一、行政复议与冷却期 .....	25
二、行政复议与仲裁庭的管辖权 .....	26
三、行政复议与最惠国待遇 .....	27
第四章 晚近中国立场的变化 .....	34
第一节 外国投资投诉制度 .....	34
一、2006 年《暂行办法》的规定 .....	34
二、2015 年《外国投资法（草案）》 .....	34
第二节 中国缔约实践的变化 .....	37

结    语 .....	39
参考文献 .....	40

厦门大学博士论文摘要库

## Contents

<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 International Investment Treaties and Local Remedies.....</b>	<b>3</b>
<b>Subchapter 1 The Principle of Exhaustion of Local Remedies under Customary International Law .....</b>	<b>3</b>
Section 1 The Origin of the Principle of Exhaustion of Local Remedies .....	4
Section 2 The Development of the Principle of Exhaustion of Local Remedies .....	5
<b>Subchapter 2 The Principle of Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement.....</b>	<b>5</b>
Section 1 Local Remedies in ICSID Convention.....	5
Section 2 Local Remedies in International Investment Treaties .....	6
<b>Chapter 2 Administrative Review Requirement in Chinese International Investment Treaties.....</b>	<b>11</b>
<b>Subchapter 1 Administrative Remedy in Early Chinese International Investment Treaties .....</b>	<b>11</b>
<b>Subchapter 2 The Extension of Jurisdiction of Arbitral Tribunals and Administrative Review Requirement .....</b>	<b>12</b>
Section 1 The Extension of Jurisdiction of Arbitral Tribunals .....	12
Section 2 Further Analysis on Administrative Review Requirement.....	14
<b>Chapter 3 Problems in Applying Administrative Review Clauses ....</b>	<b>20</b>
<b>Subchapter 1 Administrative Review Clauses and Domestic Law .....</b>	<b>20</b>
Section 1 Time Limitation for Investors to Initiate Administrative Review .....	20
Section 2 Scope of Administrative Review .....	23
Section 3 Competent Authority of Administrative Review .....	24
<b>Subchapter 2 Administrative Review Clauses and Other Clauses in International Investment Treaties .....</b>	<b>24</b>
Section 1 Administrative Review and Cool-off Period .....	25
Section 2 Administrative Review and Jurisdiction of Arbitral Tribunals.....	26
Section 3 Administrative Review and Most-Favored-Nation Treatment .....	27

<b>Chapter 4 Recent Changes of China's Attitude.....</b>	<b>34</b>
<b>Subchapter 1 Foreign Investment Complaint Regime.....</b>	<b>34</b>
Section 1 Interim Measures 2006.....	34
Section 2 Foreign Investment Law 2015 (Draft) .....	34
<b>Subchapter 2 Changes in China's Treaty-Making Practice.....</b>	<b>37</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>39</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>40</b>

## 引 言

自联邦德国和巴基斯坦于 1959 年签订第一个双边投资协定（Bilateral Investment Treaty, BIT<sup>①</sup>）以来，世界各国在过去的半个多世纪签订了超过 3000 个各类投资协定。<sup>②</sup>投资协定以促进和保护跨国投资为宗旨，通常包括投资保护范围、投资待遇、货币汇兑、业绩要求、争端解决等内容。<sup>③</sup>

从理论上来说，投资者和东道国之间的争端解决有三种方式：东道国的国内司法或行政程序、国际仲裁和外交保护。<sup>④</sup>在这三类方式中，外交保护相当少见，其含义是一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。<sup>⑤</sup>外交保护传统上被认为是国家的权利，<sup>⑥</sup>除非投资者的母国有足够充分的原因来保护特定的投资者，其通常并不愿意介入本国私人与外国政府的争端之中。<sup>⑦</sup>这一点在国际投资仲裁制度建立起来之后尤为如此。因此，对于投资者来说，主要的救济方式就是国内救济与国际仲裁。由于东道国的国内救济程序离不开其自身的司法、行政机关，这种方式的独立性、公正性往往会受到质疑，国际仲裁就成为一种解决与东道国之间的争端的理想方式。仲裁离不开争端方的同意，投资协定对外国投资者的保护突出表现为缔约国在协定中同意投资者将未来的投资争议提交国际仲裁。

自 2000 年以来，中国在签订的全部投资协定中都允许投资者就几乎所有

<sup>①</sup> 本文中的“国际投资协定”（International Investment Agreement, IIA）或“投资协定”包括双边投资协定（BIT）和自由贸易协定（Free Trade Agreement, FTA）中的投资章节。

<sup>②</sup> 参见 UNCTAD . International Investment Agreements Navigator [ EB/OL ] . <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, 2016-03-20.

<sup>③</sup> 陈安. 中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除 [A]. 陈安. 国际经济法学刊(13) [C]. 北京: 北京大学出版社, 2006. 3-37.

<sup>④</sup> August Reinisch 和 Loretta Malintoppi 列举了外国投资者可以寻求的五类救济: 国内法院、ICSID 体系、其他机构仲裁与特别仲裁、外交保护和国际性法院与法庭。实际上, 第二、三类都属于国际仲裁, 而在国际性法院与法庭寻求救济同样依赖于母国的外交保护。参见, REINISCH, AUGUST AND MALINTOPPI, LORETTA. Methods of Dispute Resolution [A]. PETER MUCHLINSKI, FEDERICO ORTINO AND CHRISTOPH SCHREUER. The Oxford Handbook of International Investment Law [C]. Oxford: Oxford University Press, 2008. 691-720.

<sup>⑤</sup> Art.1, Draft Articles on Diplomatic Protection, in 2006 YBILC II (2), U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2).

<sup>⑥</sup> Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, 1970 I.C.J. 4, 44; 周忠海. 海外投资的外交保护 [J]. 政法论坛, 2007, (3): 53-63.

<sup>⑦</sup> 中国在部分国际投资协定中明确排除了外交保护, 例如 1988 年中国-日本 BIT 第十一条第八款, 1993 年中国-阿联酋 BIT 第九条第五款, 1996 年中国-沙特 BIT 第八条第三款, 根据 2007 年议定书修订的中国-古巴 BIT 第九条第七款第二项, 2009 年中国-瑞士 BIT 第十一条第六款。当然, 如果东道国不执行仲裁裁决, 母国仍然有可能介入从而督促东道国履行裁决。例如 2009 年中国-瑞士 BIT 第十一条第六款规定缔约一方不得通过外交途径解决一个已提交国际仲裁的争议, 除非缔约另一方不遵守仲裁裁决。

投资争议提起国际仲裁，对投资仲裁表现出了友好的态度。但与此同时，中国也在给投资者施加更多的义务，一个例子就是在争端解决条款中要求投资者在将争议提交国际仲裁之前，必须先完成中国国内的行政复议程序（“行政复议条款”）。这一要求在其他国家的投资协定中较为少见，具有鲜明的“中国特色”。本文将研究这一条款的发展历史、缔约现状、在适用中可能面临的问题以及中国在该问题上的最新缔约立场和立法动态。第一章将首先探讨用尽当地救济原则的发展历史，该原则起源于外交保护，但也可能适用于国际法的其他领域，其中就包括投资协定；第二章对中国国际投资协定中的行政复议条款进行了实证研究，重点关注其与仲裁庭管辖权扩张之间的关系，并且从行政复议要求的主体、形式和限制方面对于行政复议条款进一步细分；第三章结合中国国内法、中国国际投资协定中的其他相关条款、仲裁庭裁决分析行政复议条款适用中可能面临的诸多问题；第四章从中国最新国内立法和缔结的投资协定的角度出发，分析中国在行政复议条款上态度的变化及其可能的影响。

## 第一章 国际投资协定与当地救济

国际投资协定与当地救济之间的关系具有两面性：一方面，国际投资协定的出现弱化了当地救济的作用，其保护外国投资者的一大体现就是允许投资者将同东道国的争议提交国际仲裁，而不必在东道国寻求当地救济；另一方面，国际投资协定又使得投资者无法忽视当地救济，例如东道国法院在国际投资仲裁裁决的执行、中止仲裁程序和采取临时措施等方面发挥着重要的作用。除了司法程序以外，行政机关的内部程序也是投资者解决与东道国争端的一种重要方式。

进入 21 世纪以后，随着国际投资仲裁制度受到越来越多的质疑，当地救济在国际投资协定中重新获得了重视。例如，在 2007 年到 2012 年之间，玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉先后宣布退出 ICSID 公约，<sup>①</sup>澳大利亚政府于 2011 年宣布在今后的投资协定中不再纳入仲裁条款，<sup>②</sup>南非、印度尼西亚等国家开始重新审视并终止了部分其签订的投资协定。<sup>③</sup>可以说，国际投资协定发展至今，越来越离不开当地救济，也就是朔伊尔（Schreuer）教授所说的当地救济回归到投资者与东道国的争议解决方式中。<sup>④</sup>

### 第一节 国际习惯法上的用尽当地救济原则

一般认为，用尽当地救济原则是指，如果外国人和某国政府发生争端，该争端在国际层面上被司法机构受理的前提是受到伤害的外国人用尽了可能

<sup>①</sup> See, Venezuela's Withdrawal from ICSID: What it Does and Does Not Achieve [EB/OL]. <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>, 2016-03-20.

<sup>②</sup> See, Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing factors [EB/OL]. <http://www.iisd.org/itn/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/>, 2016-03-20. 虽然如此，澳大利亚政府目前的立场是在投资协定谈判中对是否纳入投资者——东道国仲裁条款进行个案考虑，在澳大利亚同中国、韩国签订的 FTA 中纳入了仲裁条款，但在同日本的 FTA 中并未纳入，参见 AUSTRALIAN DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE. Investor-State Dispute Settlement [EB/OL]. <http://dfat.gov.au/trade/topics/Pages/isds.aspx>, 2016-03-20; KURTZ, JÜRGEN. Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication [J]. ICSID Review, 2012, 27 (1): 65-86; TRAKMAN, LEON. Choosing Domestic Courts over Investor-State Arbitration: Australia's Repudiation of the *Status Quo* [J]. UCLA Law Journal, 2012, 35 (3): 979-1012.

<sup>③</sup> See for instance, After South Africa, Indonesia takes a brave decision to terminate its Bilateral Investment Treaty with the Netherlands [EB/OL]. <http://www.somo.nl/news-en/after-south-africa-indonesia-takes-a-brave-decision-to-terminate-its-bilateral-investment-treaty-with-the-netherlands>, 2016-03-20.

<sup>④</sup> SCHREUER, CHRISTOPH. Calvo's Grandchildren: the Return of Local Remedies in Investment Arbitration [J]. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2005, 4: 1-17.



Degree papers are in the “[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)”.

Fulltexts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.